# DIE UNTERBETEILIGUNGSGESELLSCHAFTEN AN MITGLIEDSCHAFTEN IN PERSONALGESELLSCHAFTEN

Teildruck der

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaften

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Christian-Friedrich Friehe

1973

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552709_0003

# DIE UNTERBETEILIGUNGSGESELLSCHAFTEN AN MITGLIEDSCHAFTEN IN PERSONALGESELLSCHAFTEN

Teildruck der

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaften

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Christian-Friedrich Friehe

1973

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erstgutachter: Prof.Dr. Bernd Püthers
Zweitgutachter: Prof.Dr. Wilhelm Dütz
Tag der mündlichen Prüfung: 10.11.1973

# G l i e d e r u n g


| | | Seite |
|---|---|---|
| A. | Die Unterbeteiligungsgesellschaft im Rechtsleben | 1 |
| § 1 | Vorbemerkung | 1 |
| § 2 | Die verschiedenen Formen der Beteiligung und ihre Kennzeichen | 4 |
| I. | Allgemeines | 4 |
| II. | Beteiligungsformen außerhalb der gesetzlichen Modelle | 5 |
| III. | Zusammenfassung | 8 |
| § 3 | Die Erscheinungsform der Unterbeteiligungsgesellschaft | 8 |
| § 4 | Die Gründe für die Errichtung einer Unterbeteiligungsgesellschaft | 10 |
| I. | Verdeckte Beteiligung | 10 |
| II. | Steuerersparnis | 11 |
| III. | Regelung der Nachfolge | 13 |
| IV. | Kapitalbeschaffung | 14 |
| V. | Verlagerung des Haftungsrisikos | 15 |
| VI. | Beteiligung von Arbeitnehmern | 16 |
| VII. | Einflußnahme auf die Personalhandelsgesellschaft | 16 |
| VIII. | Wettbewerbsverbot nach § 88 Abs. 1 AktG | 17 |
| IX. | Umgehung der Unübertragbarkeit der Gesellschaftsanteile | 17 |
| § 5 | Die Unterbeteiligungsgesellschaft in Literatur und Rechtsprechung | 17 |
| I. | Literaturübersicht | 17 |
| II. | Die Rechtsprechung der Finanzgerichte | 18 |
| III. | Schwierigkeiten der Materialsammlung | 21 |

Seite

§ 6 Rechtsprechungsbeispiele 27

B. Einordnung der Unterbeteiligungsgesellschaft in das System des Gesellschaftsrechts und die sich daraus ergebende Problemstellung 30

§ 7 Abgrenzung von verwandten Rechtsformen 30

I. Abtretung 30

II. Abtretung von Gewinn- und Auseinandersetzungsansprüchen 31

III. Stille Gesellschaft 31

IV. Treuhand 33

V. Repräsentationsgesellschaft 34

VI. Partiarisches Darlehen 35

VII. Nießbrauch 36

§ 8 Der Unterbeteiligungsvertrag als Gesellschaft 40

§ 9 Die Unterbeteiligungsgesellschaft als Innengesellschaft 45

§ 10 Die Unterbeteiligungsgesellschaft im Spannungsfeld zwischen Innengesellschaft des BGB und stiller Gesellschaft des HGB 48

I. Problemstellung 48

II. Historische Entwicklung 49

III. Der Meinungsstand 51

IV. Kritik der Methode und ihrer Ergebnisse 56

V. Zusammenfassung 62

Seite

C. Methodik der Rechtsfindung 64

§ 11 Die institutionelle und die typologische Methode im Hinblick auf die Unterbeteiligungsgesellschaft 64

I. Vorbemerkung 64

II. Die institutionelle Theorie 65

III. Die typologische Theorie 67

1) praktische Typologie 67

2) Theorie der Typenbindung 68

3) Theorie der grundsätzlichen Typenfreiheit 69

IV. Die genannten Theorien und die Unterbeteiligungsgesellschaft 74

V. Stellungnahme zur typologischen Methode 75

§ 12 Die Anwendung dispositiven Rechts auf atypische Gesellschaften am Beispiel der Unterbeteiligungsgesellschaft 80

I. Das Verhältnis von typischen und atypischen Gesellschaften 80

II. Die Anwendung dispositiven Rechts auf atypische Gesellschaften 83

III. Die Anwendung dispositiven Gesellschaftsrechts auf die Unterbeteiligungsgesellschaft 85

§ 13 Die Unterbeteiligung als Lücke im System des Gesellschaftsrechts und die Methode der Lückenausfüllung 91

I. Die Lückenfeststellung 91

II. Die Ausgangslage 94

1) Die Ausgangslage 94

2) Stellungnahme 98

Seite

D. Einzelfragen aus dem Bereich der Unterbeteiligungsgesellschaft 103

§ 14 Das Verhältnis zwischen Haupt- und Unterbeteiligungsgesellschaft 103

I. Vorgegebenheit der Hauptgesellschaft 103

II. Kollision von Bestimmungen der Hauptgesellschaft und der Unterbeteiligungsgesellschaft 105

III. Ergänzungen des Vertrages der Unterbeteiligungsgesellschaft durch die Bestimmungen des Hauptgesellschaftsvertrages 113

IV. Zusammenfassung 118

§ 15 Die Errichtung der Unterbeteiligung 119

I. Allgemeines 119

II. Zulässigkeit 120

III. Die Form des Unterbeteiligungsvertrages bei Schenkungen 122

§ 16 Vertretung 125

§ 17 Geschäftsführung 128

I. Geschäftsführung innerhalb der Unterbeteiligungsgesellschaft 128

II. Geschäftsführung der Unterbeteiligungsgesellschaft in der Personalhandelsgesellschaft 129

§ 18 Informations- und Kontrollrechte des Unterbeteiligten 136

I. Allgemeines 136

Seite

II. Das Recht auf Vorlage der Bilanz der Unterbeteiligungsgesellschaft 137

III. Weitergehende Informationsrechte 140

§ 19 Gewinn- und Verlustbeteiligung des Unterbeteiligten 150

I. Grundsätze der Gewinnverteilung 150

II. Beteiligung am Gewinn der Personalhandelsgesellschaft 152

III. Verlustbeteiligung 155

§ 20 Auflösung der Unterbeteiligung 155

I. Beendigung der Hauptgesellschaft 155

II. Kündigung der Unterbeteiligungsgesellschaft 157

1. Ordentliche Kündigung 157

2. Außerordentliche Kündigung 164

3. Kündigung durch Gläubiger eines Gesellschafters 165

III. Tod der Gesellschafter 166

1. Tod des Hauptbeteiligten 166

2. Tod des Unterbeteiligten 168

IV. Strukturelle und personelle Veränderungen in der Handelsgesellschaft 168

V. Konkurs 171

1. Personalhandelsgesellschaft 171

2. Unterbeteiligungsgesellschaft 171

§ 21 Auseinandersetzung 172

Literaturverzeichnis


| | |
|---|---|
| Ballerstedt, Kurt | Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personalgesellschaften, JuS 1963, 253 ff. |
| Baumbach-Duden | Handelsgesetzbuch, 18. Aufl., München 1968, 20. Aufl., 1972 |
| Betti, Emilio | Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften, Tübingen 1967 |
| Böttcher, Conrad u. Hugo Zartmann | Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, 2. Aufl., Stuttgart 1971 |
| Bunke, Erwin | Der Nießbrauch an der Beteiligung an einer Personalgesellschaft, DNotZ 1968, 5 ff. |
| Canaris, Claus-Wilhelm | Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964 |
| Düringer-Hachenburg | Das Handelsgesetzbuch II. Band 1. Hälfte, erläutert von Karl Geiler, 3. Aufl., Mannheim/Berlin/Leipzig 1932 |
| Endemann, Friedrich | Die Rechtsquellen des bürgerlichen Rechtes und ihre Auslegung in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Bd. II, S. 132 ff., Berlin und Leipzig 1929 |
| Ermann, Walter | Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., Münster 1972 |
| Esch, Günter | Die Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen, NJW 1964, 902 ff. |
| Esser, Josef | Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1964 |
| ders. | Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/M 1970 |
| Fischer, Robert | Fragen aus dem Recht der stillen Gesellschaft, JR 1962, 201 ff. |

| | |
|---|---|
| Flume, Werner | Gesellschaft und Gesamthand ZHR 1972, S. 177 ff. (Bd.136) |
| Godin, Reinhard Freiherr v. | Nutzungsrecht an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, Berlin 1949 |
| Hecht, Günter | Die Unterbeteiligung, Gießen 1933 |
| Heck, Philipp | Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112, 1 ff. |
| ders. | Interessenjurisprudenz, Tübingen 1933 |
| ders. | Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932 |
| Herrfahrdt, Heinrich | Lücken im Recht, Bonn 1915 |
| Herzfeld, Edgar | Die Unterbeteiligung, AcP 137, 270 ff. |
| Hirsch, Ernst Eduard | Der gesetzlich fixierte "Typ" als Gefahrenquelle der Rechtsanwendung in: Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, Berlin 1967, S. 161 ff. |
| Hueck, Alfred | Die Übertragung von Geschäftsanteilen, ZHR 83, 1 ff. |
| ders. | Der gemeinschaftliche Vertreter mehrerer Erben in einer Kommanditgesellschaft in: ZHR 125, 1 ff. |
| ders. | Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4.Aufl., Berlin-New York 1971 |
| ders. | Gesellschaftsrecht, 14.Aufl., München 1968 |
| Janberg, Hans | Die Unterbeteiligung im Gesellschaftsrecht in: Der Betrieb 1953, S. 77 ff. |
| Klauss, Herbert | Der Gesellschaftsvertrag in seiner zweckmäßigsten Form, 7. Aufl.,Ludwigshafen 1967 |
| Koenigs, Folkmar | Die stille Gesellschaft, Berlin 1961 |

| | |
|---|---|
| Koller, Arnold | Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Freiburg 1967 |
| Kreifels, Max | Nießbrauch am Anteil von Personengesellschaften in: Freundesgabe für Hans Hengeler, Berlin 1972, S. 158 ff. |
| Kuhn, Ottmar | Strohmanngründungen bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1964 |
| Larenz, Karl | Lehrbuch des Schuldrechts, 10. Aufl., München und Berlin 1972 |
| ders. | Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. Berlin-Heidelberg-New York 1969 |
| Lehmann, Michael | Die ergänzende Anwendung von Aktienrecht auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Köln 1970 |
| Meyer, Gerd | Die Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen, Dissertation Münster 1971 |
| Nitschke, Manfred | Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, Bielefeld 1970 |
| Ott, Walter | Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, Bern 1972 |
| Otto, Heinz | Moderne Erscheinungsformen der stillen Beteiligung, BB 1948, 211 ff. |
| Paulick, Heinz | Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, zugleich ein Beitrag zur Typenlehre im Gesellschaftsrecht, Tübingen 1954 |
| ders. | Handbuch der stillen Gesellschaft, 2.Aufl., Köln 1971 |
| Peter, Karl | Neuzeitliche Gesellschaftsverträge und Unternehmensformen, Herne-Berlin 1970 |

| | |
|---|---|
| Raiser, Ludwig | Rechtsschutz und Institutionenschutz in Privatrecht in summum ius summa iniuria, Tübingen 1963, S. 145 ff. |
| RGR-HGB-Kommentar | Kommentar zum Handelsgesetzbuch, bearbeitet von Otto Weipert, 2. Band 2. Aufl., Berlin 1950 |
| Rüthers, Bernd | Die privatautonome Gestaltung der Vererbung des Anteils an einer offenen Handelsgesellschaft durch eine beschränkte Nachfolgeklausel, AcP 168, 263 ff. |
| ders. | Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 1968 |
| Säcker, Franz-Jürgen | Rechtsgeschäftsauslegung und Vertrauensprinzip, Juristische Analysen 1971, 509 ff. |
| ders. | Rechtsfragen der außerordentlichen Kündigung von Betriebsratsmitgliedern, Der Betrieb 1967, 2027 ff. |
| Schlegelberger, Franz | Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., Berlin 1963 |
| Schneider, Herbert | Über die Unterbeteiligung an Anteilen an einer Personengesellschaft in: Festschrift für Philipp Möhring, Berlin-München 1965, S. 115 ff. |
| Schneider-Martin | Familienunternehmen und Unternehmertestament, 4. Aufl., Heidelberg 1963 |
| Soergel-Siebert | Bürgerliches Gesetzbuch Band 3 Schuldrecht II, 10. Aufl., Stuttgart 1969 |
| Staudinger, J. von | Recht der Schuldverhältnisse II. Band, 11. Aufl., Berlin 1955 ff. |
| Sudhoff, Heinrich | Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft, 3. Aufl., München und Berlin 1967 |
| ders. | Der Nießbrauch am Anteil einer Personengesellschaft, NJW 1971, 481 ff. |

| | |
|---|---|
| ders. | Gewinnanteil und Auseinandersetzungsquote des stillen Gesellschafters, NJW 1960, S. 2121 ff. |
| Teichmann, Arndt | Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, München 1970 |
| ders. | Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen - gesellschaftsrechtlicher Teil -, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1972, 1 ff. |
| Weber, Max | Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis in: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 3.Aufl., Tübingen 1968, S. 146 ff. |
| Westermann, Harm Peter | Das Emissionskonsortium als Beispiel gesellschaftsrechtlicher Typendehnung, AG 1967, 285 ff. |
| ders. | Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Berlin-Heidelberg-New York 1970 |
| Westermann-Scherpf-Paulick-Bulla-Hackbeil | Handbuch der Personengesellschaften, Teil I § 51, Die Unterbeteiligungsgesellschaft (Westermann) |
| Wiedemann, Herbert | Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München und Berlin 1965 |
| Winterstein, Manfred | Die Unterbeteiligung an OHG- und KG-Anteilen als stille Gesellschaft, Dissertation Hamburg 1969 |
| Würdinger, Hans | Gesellschaften, 1.Teil: Recht der Personalgesellschaften, Hamburg 1937 |
| Zielinski, Gustav | Grundtypvermischungen und Handelsgesellschaftsrecht, Marburg 1925 |

## § 12 Die Anwendung dispositiven Rechts auf atypische Gesellschaften am Beispiel der Unterbeteiligungsgesellschaft

### I. Das Verhältnis von typischen und atypischen Gesellschaften

Die Summe der gesetzlichen Normen ist wie oben[1] gezeigt, nicht identisch mit dem gesetzlichen Typus. Die in den Normen getroffene Regelung zielt aber auf diesen gesetzlichen Typus, der besonders in den nichtzwingenden Vorschriften zum Ausdruck kommt. Haben wir einen Realtypus, der dem gesetzlichen Typus sehr nahe kommt, ist die Rechtsanwendung auf jenen unproblematisch, weil dem Gesetzgeber ein vergleichbarer Gesellschaftstypus vorschwebte, bei dem die Interessenlage dieselbe ist wie bei der real vorgefundenen Gesellschaft. Je schärfer ausgeprägt der gesetzliche Typus ist, desto häufiger wird es reale Gesellschaftstypen geben, die diesem gesetzlichen Typus nicht entsprechen. Wir bezeichnen sie als atypische Gesellschaften, bezogen auf den gesetzlichen Typus.

Für diese atypischen Gesellschaften gilt, daß viele der gesetzlichen Regelungen nicht zu passen scheinen. Zwingende Normen müssen auch von diesen atypischen Formen eingehalten werden[2]. Auch bei "unpassenden" dispositiven Normen können die Gesellschaften sich jedoch eine "passende" Satzung selbst geben und damit den Regelungs-

---

1) S. 79.

2) Koller, aaO. S. 169 f.; Ott, aaO. S. 128. Das bedeutet, daß auch die atypischen Gesellschaftsformen den Begriffsmerkmalen der betreffenden Gesellschaftsart genügen müssen.

spielraum des Gesetzes ausnutzen. Schwierigkeiten ergeben sich jedoch dann, wenn die Gesellschafter wesentliche Fragen in der Satzung ungeregelt lassen oder sich damit begnügen, sich auf eine gedachte Gesellschaftsart zu einigen, ohne Einzelheiten zu regeln. Die Gesellschafter gründen also etwa eine Unterbeteiligungsgesellschaft, eine Arbeitsgemeinschaft, ein Emissionskonsortium, und einigen sich dabei allein auf den Typus der Gesellschaft, quasi das Etikett. Damit stellt sich die Frage, ob die nichtzwingenden Normen des Gesellschaftsrechts hier subsidiär gelten. Die Frage wird zumeist mit der Feststellung beantwortet, diese Normen "paßten nicht". Diese verwaschene Formulierung löst das Problem nicht, sondern beschreibt es lediglich.

Auszugehen ist von der Lage des Gesetzgebers, der einen sozialen Sachverhalt, von dem er annahm, er sei typisch, i.S. eines empirischen Normaltyps, regeln wollte. Der Normgeber regelte nur die Interessen, die innerhalb dieses empirischen Normaltyps zu beachten waren. Die in den dispositiven Normen vorgeschlagenen Lösungen sind also eingebunden in die typischerweise auftretenden Interessengegensätze dieses gedachten Modells[1]. Soweit der tatsächliche Sachverhalt sich nicht unter den des empirischen Normaltyps subsumieren läßt, stimmen auch die Modellösungen des dispositiven Rechts nicht

---

1) Betti, Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaft S. 3; Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts S. 256; Koller, aaO. S. 143.

mehr, denn die Abweichung von dem empirischen Normaltyp bedingt eine andere Bewertung der nunmehr auftretenden Interessengegensätze.

Die Argumentation mit dem Typus stellt sich also als ein Hilfsmittel dar, um den Abstand zwischen Norm und Wirklichkeit sichtbar zu machen, den aufzuzeigen einer lediglich mit Begriffen arbeitenden Jurisprudenz schwerfällt: Der Vergleich zwischen Norm und Wirklichkeit erhält einen Maßstab[1]. Argumentiert man lediglich begrifflich, so kann nur unter Oberbegriffe subsumiert werden, bei hinreichender Subsumtion ergibt sich dann die Rechtsfolge. So kann etwa von der Kommanditgesellschaft, bei der der Kommanditist der eigentliche Geschäftsführer ist, mit dem begrifflichen Instrumentarium nicht gesagt werden, daß es sich hierbei um etwas Besonderes handelt. Möglich ist eigentlich nur die Aussage, daß bei dieser Gesellschaft einige dispositive Vorschriften abbedungen wurden. Geht man dagegen davon aus, daß dem Gesetzgeber bei der gesetzlichen Ordnung der Kommanditgesellschaft ein bestimmter Typus vorschwebte, so erhält die Frage nach dem geltenden Recht durch die Feststellung, die tatsächlich vorhandene Kommanditgesellschaft unterscheide sich wesentlich von diesem Typus, eine ganz andere Qualität. Man erhält eine neue Kategorie, um den Abstand von Norm und Wirklichkeit sichtbar werden zu lassen.

---

1) Koller, aaO. S. 55.

Bei dieser Sachlage stellt sich generell die Frage, ob der gesamte Regelungskomplex, der dem Begriff der Kommanditgesellschaft zugeordnet ist, überhaupt noch angewendet werden kann. Jenseits dieser Frage erbringt das Herausarbeiten eines Typus als wesentlichsten Vorteil, daß die maßgebliche, den Typus bestimmende Interessenlage, herausgearbeitet wird[1].

## II. Die Anwendung dispositiven Rechts auf atypische Gesellschaften

In der Doktrin ist die Anwendung der dispositiven Normen auf atypische Gesellschaften umstritten. Die Theorie der formalen Rechtsanwendung will auch bei atypischen Gesellschaften diejenigen abdingbaren Normen der entsprechenden Gesellschaftsart anwenden, soweit eigene Regelungen im Gesellschaftsvertrag fehlen[2]. Diese Auffassung wird begründet mit Gesichtspunkten der gleichmäßigen Auslegung für alle Sachverhalte, also der Rechtssicherheit[3], mit dem Zwang zur Wahl der passenden Gesellschaftsform[4] und schließlich mit der Schwierigkeit, zwischen typischen und atypischen Gesellschaftsformen irgendwo eine Abgrenzung vornehmen zu müssen[5].

---

1) Koller, aaO. S. 55, der auf Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 52 ff., 57 verweist. Der "Totelbegriff oder Gesamtbegriff" von Heck ist dem hier verwendeten Typusbegriff verwandt.

2) Ott, aaO. S. 131 ff., 135 ff.

3) Ott, aaO. S. 137.

4) Ott, aaO. S. 138.

5) Ott, aaO. S. 139.

Dagegen erklärt die Theorie der analogen Gesetzesanwendung, die auf die gesetzlichen Gesellschaftstypen ausgerichteten Normen könnten direkt nicht auf atypische Gesellschaften angewendet werden, weil die vom Gesetzgeber geregelte Interessenlage eine andere sei als die der atypischen Gesellschaft[1]. Da der atypischen Gesellschaft die Möglichkeit eingeräumt sei, sich selbst eine andere Regelung zu geben, komme allenfalls eine analoge Anwendung der gesetzlichen Normen in Betracht[2].

Die im wesentlichen auf praktischen Schwierigkeiten beruhenden Bedenken gegen eine Theorie der analogen Rechtsanwendung können nicht überzeugen. Es ist gerade Aufgabe der Typologie, für die oft schwierige Abgrenzung von typischen und atypischen Gesellschaften Kriterien zu erarbeiten. Daß diese Kriterien nicht von der Überzeugung aller gedeckt sein werden, ist nicht ein spezieller Einwand gegen die Notwendigkeit dieses Vorhabens. Der Gesichtspunkt der gleichmäßigen Auslegung[3] kann sich leicht in den Fehler der gleichmacherischen Auslegung, die nicht differenziert, wo zu differenzieren ist, verkehren. Demgegenüber ist die Theorie der analogen Rechtsanwendung deshalb überzeugender, weil sie es erlaubt, bei gleicher Interessenlage eine gesetzliche Vorschrift analog anzuwenden, aber - und das ist ihr Hauptvorzug - es dem Richter erlaubt, eine andere als die gesetzliche Regelung dann zu finden, wenn die Interessenlagen nicht identisch sind.

---

1) Koller, aaO. S. 168 ff., 172.

2) Koller, aaO. S. 171.

3) Ott, aaO. S. 137.

## III. Die Anwendung des dispositiven Gesellschaftsrechts auf die Unterbeteiligungsgesellschaft

Geht man davon aus, daß es gesetzliche Regelungstypen der Gesellschaft und auch der stillen Gesellschaft gibt, so fällt auf, daß diese Typen - wie immer sie umschrieben werden mögen - das eigentlich Besondere der Unterbeteiligungsgesellschaft, das für diese Typische, nämlich die besondere Stellung des Hauptbeteiligten als Mitglied zweier Gesellschaften, deren Bereiche sich teilweise überlagern, nicht erfassen. Der Interessenkonflikt zwischen den Belangen der Haupt- und der Unterbeteiligungsgesellschaft, der durch die Stellung des Hauptbeteiligten bedingt ist, wird bei der BGB-Gesellschaft überhaupt nicht geregelt. Auch das Verhältnis des stillen Gesellschafters zum Einzelkaufmann oder zur Personalhandelsgesellschaft ist nicht vergleichbar, da die Beteiligten hier nur nach einer Richtung hin gebunden sind und nicht, wie der Hauptbeteiligte in der Unterbeteiligungsgesellschaft und in der Personalhandelsgesellschaft[1].

Die Stellung des Hauptbeteiligten ist dadurch gekennzeichnet, daß er Gesellschafter zweier Gesellschaften ist, deren Gegenstände[2] und Interessen sich in seiner Person überlagern.

---

1) Ebenso Westermann, Handbuch I Rdnr 950, der wegen der nicht passenden Regelungen der stillen Gesellschaft und der BGB-Gesellschaft die Erforderlichkeit "richtiger Vertragsbestimmungen" (Rdnr 949) betont.

2) Gegenstand soll hier i.S. v. §§ 3, 4 Abs.1 AktG, § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, § 6 Nr. 2 GenG gebraucht werden und sowohl Zweck als auch Tätigkeit der Gesellschaft umfassen, vgl. auch S. 41.

Dieser Sachverhalt entspricht weder dem gesetzlichen Regelungstypus der Gesellschaft noch dem Regelungstypus der stillen Gesellschaft. Die regelungsbedürftigen Interessenkonflikte der Unterbeteiligungsgesellschaft werden aber von dieser eigentümlichen Stellung des Hauptbeteiligten geprägt.

Die Modellösungen des dispositiven Gesellschaftsrechts haben diesen Interessengegensatz nicht berücksichtigt, weil durch die Zusammenfassung des Gesellschaftsrechts im BGB die in Art. 98 Abs. 2 AdHGB angedeutete Regelung entfiel[1]. Verfährt man lediglich nach der Methode, die Unterbeteiligungsgesellschaft als Begriff einem anderen Begriff wie Innengesellschaft oder stille Gesellschaft zuzuordnen, so wird hierdurch dieser regelungsbedürftige Interessenkonflikt überdeckt. Dagegen macht die typologische Betrachtung zumindest deutlich, daß bei der Unterbeteiligungsgesellschaft besondere Strukturen vorliegen,die nach einer eigenen Regelung verlangen, die nicht oder nicht allein durch Einordnung unter bereits vorhandene Normen gewonnen werden kann. Die Unterbeteiligungsgesellschaft ist danach atypisch, weil sie sich nicht deckt mit den gesetzlichen Regelungstypen des vorhandenen Gesellschaftsrechts.

---

1) Vgl. oben S.50.

Folgt man der Auffassung, der abstrakten Regelung durch den Gesetzgeber lägen Leitbilder oder Modelle für komplexe soziale Sachverhalte zugrunde, so ergibt sich daraus, daß die Entscheidungen des Gesetzgebers nicht isoliert, sondern immer im Zusammenhang mit der maßgeblichen Interessenlage dieses gedachten Modells stehen. Läßt sich aus der Summe der Regelungen und zwar vor allem der dispositiven Normen auf diese empirischen Normaltypen schließen, so ergibt sich damit auch die maßgebliche Interessenlage und ihre Bewertung durch den Gesetzgeber. Diese für den konkreten Fall typische Interessenbewertung erhält man wiederum durch den Versuch einer Einordnung des konkreten Falles in einen bestimmten Typus. Hier darf daran erinnert werden, daß es gerade der Vorteil des Typusbegriffes ist, die maßgebliche Interessenlage einzufangen[1].

Nach diesen Vorbemerkungen läßt sich nun auch die Frage beantworten, ob die dispositiven Normen auch dann gelten sollen, wenn die atypischen Gesellschaftsformen zwar in den Geltungsbereich dieser Normen fallen, sich ihrem Typus nach aber von dem gesetzlichen Typus unterscheiden. Die zwingenden Vorschriften gelten auch für abweichende Typen, da anderenfalls die wichtigsten Ordnungsvorstellungen des Gesetzes[2] völlig beiseitegedrückt werden

---

1) s.o. S.83 Fn.1 ; Koller, aaO. S. 55.

2) Beispielsweise die Regelungen der Haftung nach § 128 HGB, die gesamthänderische Bindung nach § 719 BGB.

könnten und ebenso die zwingende Bewertung der wichtigsten Interessenkonflikte.

Etwas anderes gilt für das dispositive Recht. Diese Vorschriften hat der Gesetzgeber selbst nur als Lösungsangebot für typische Interessenkonflikte gedacht. Hier ist es den Parteien ohnehin unbenommen, diese Vorschriften durch eigene Satzung zu ersetzen und damit von der Bewertung der Interessen durch den Gesetzgeber abzuweichen.

Ergibt sich nun, daß die Interessenlage des konkreten Falles von der des gesetzlichen Normaltypus abweicht, so entfällt damit auch der Geltungsgrund der dispositiven Regelung[1]. Der Verbindlichkeitsanspruch der dispositiven Normen ist also nicht lediglich durch Subsumtion zu beantworten. Dieses Ergebnis für den Einzelfall erreicht schon die teleologische Reduktion[2], ist also nur Ausdruck der Überlegung, daß eine lediglich begriffliche Subsumtion nicht ausreicht, um sinnvolle Lösungen zu finden, da eben begrifflicher und teleologischer Geltungsanspruch sich oft nicht decken. Dies gilt besonders dann, wenn es sich um die Anwendung dispositiven Rechts handelt, wo also der Gesetzgeber selbst typische Interessenkonflikte nur als Modellösungen ohne absoluten

---

1) Ebenso Michael Lehmann, Die ergänzende Anwendung von Aktienrecht auf die GmbH, S. 16 ff., 19 für das Verhältnis zwischen atypischen Gesellschaften mbH und dispositivem Gesetzesrecht.

2) Vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, 2. Aufl. 1969, S. 369 ff.

Geltungsanspruch geregelt hat[1].

Für die Unterbeteiligungsgesellschaften folgt daraus, daß auf sie keine dispositiven Vorschriften der §§ 705 ff. BGB oder §§ 335 ff. HGB unmittelbar angewendet werden können, auch dann nicht, wenn die Parteien eine regelungsbedürftige Frage ungeregelt gelassen haben.

Dies heißt jedoch nicht, daß die dispositiven Modellösungen des Gesetzgebers unbeachtet bleiben. Die gesellschaftsrechtlichen und besonders die Vorschriften über die stille Gesellschaft liegen so nahe, daß eine Analogie bzw. ein Gegenschluß aus den genannten Vorschriften für Einzelfragen geboten sein kann. Ebenso können die klassischen Auslegungsmittel des argumentum a maiore ad minus oder des argumentum e minore ad maius an Hand der vorhandenen Modellregelungen Einzelfragen lösen. Dies setzt jedoch voraus, daß man überprüft, ob die Interessenlage bei der Unterbeteiligungsgesellschaft die gleiche ist als bei den genannten vergleichbaren gesetzlichen Regelungen.

Bei jeder Analogie zu gesetzlichen Vorschriften ist zu beachten, daß der die Unterbeteiligungsgesellschaft auszeichnende Interessenkonflikt in der Person des Hauptbeteiligten, nämlich die doppelte Bindung an zwei Gesellschaften, die u.U. gegenläufige Interessen haben, bei der stillen Gesellschaft und der bürgerlichen

---

1) M. Lehmann, aaO.

Gesellschaft nicht berücksichtigt ist. Die Einzeluntersuchung wird aber zeigen, ob es Fragen gibt, auf die dieser Interessenkonflikt keinen Einfluß hat und für die die im dispositiven Recht gegebenen Modellösungen herangezogen werden können. In einem derartigen Fall können die dispositiven Normen entweder direkt, soweit sie allgemeine Regelungen der BGB-Gesellschaft sind, oder analog, soweit sie Vorschriften aus dem Recht der stillen Gesellschaft sind, angewendet werden.

Soweit man die Unterbeteiligungsgesellschaft typologisch betrachtet, ergibt sich jedoch eine Schwierigkeit: Der real auftretende Typus, der empirische Typus der Unterbeteiligungsgesellschaft läßt sich nur schwer empirisch nachweisen. Es wäre zweckmäßig, wenn hierfür ein Durchschnitts- oder Häufigkeitstypus (standard) aufgestellt werden könnte. Dafür müßte empirisch festgestellt werden, wie die Wirklichkeit der Unterbeteiligungsverträge aussieht, ob etwa der Hauptbeteiligte überwiegend unentgeltlich die Beteiligung einräumt, wie die Unterrichtung des Unterbeteiligten erfolgt, warum diese Verträge geschlossen werden usw. Diese Untersuchung läßt sich mit den vorhandenen Möglichkeiten aber nicht durchführen. Einmal müssen die genannten Verträge in keinem Register angemeldet oder hinterlegt werden. Die Notare oder Finanzämter, bei denen sie sich möglicherweise finden ließen, können und dürfen keine Einsicht in diese Verträge gewähren. Die Beteiligten selbst haben zumeist kein Interesse an der Veröffentlichung. Der einzige

Nachweis dieser Gesellschaften sind Rechtsprechung und Literatur, wobei zwar die Rechtsprechung der Finanzgerichte eine Reihe von einschlägigen Entscheidungen enthält, insgesamt aber kaum einen repräsentativen Überblick gewährt.

Wenn im Folgenden versucht wird, Einzelfragen aus dem Bereich der Unterbeteiligungsgesellschaft zu behandeln, so kann die Typizität der Fragestellungen empirisch nicht belegt werden. Diese Gefahr ist jedoch nicht allzu groß, denn andere Gesellschaftsformen liefern Muster und Modelle nicht nur für Regelungen, sondern auch für Konflikte. Man kann also davon ausgehen, daß viele Fragen, die etwa die stille Gesellschaft betreffen, auch für die Unterbeteiligungsgesellschaft von Bedeutung sind. Das gilt allerdings nur für den Konfliktsstoff und nicht in jedem Fall auch für die Lösung.

## § 13 Die Unterbeteiligung als Lücke im System des Gesellschaftsrechts und die Methode der Lückenausfüllung

### I. Die Lückenfeststellung

Ausgangspunkt für die weiteren Erörterungen ist, daß die Unterbeteiligungsgesellschaft in keine der vorhandenen Regelungskomplexe des Gesellschaftsrechts paßt. Dies bedeutet, daß außer einigen zwingenden Vorschriften wie etwa die §§ 705, 717 BGB dispositive Regelungen auf die Unterbeteiligungsgesellschaft keine

Anwendung finden. Gleichwohl besteht für diese Gesellschaftsform die gleiche Regelungsbedürftigkeit, wie etwa für die stille Gesellschaft oder die Kommanditgesellschaft, wenn man nicht der Meinung ist, die Gesellschafter der Unterbeteiligungsgesellschaft regelten alle ihre Interessen selbst. Diese Annahme trifft aber für die Unterbeteiligungsgesellschaft ebensowenig zu wie für andere Gesellschaftsarten.

Geht man davon aus, daß der Gesetzgeber diese Regelungen nicht bewußt unterlassen hat, so ist damit gesagt, es handele sich um eine planwidrige Unvollständigkeit, also um eine Lücke im Gesetz[1].

Will man diese Lücke näher kennzeichnen, so bieten sich herkömmlicherweise eine Vielzahl von näheren Kennzeichnungen dieser Lücke an. Der Gesetzgeber hatte gemeint, mit der Normierung des Gesellschaftsrechts auch die Beteiligung Dritter an Anteilen von Gesellschaften zu regeln[2]. Dies galt jedoch nur insoweit, als in § 717 BGB die Nichtabtretbarkeit von Gesellschaftsanteilen geregelt wurde, während die Einzelfragen aus dem Verhältnis der Gesellschafter der Unterbeteiligung zu der Personalhandelsgesellschaft nicht geregelt wurden.

---

1) Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 197; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 174 ff., 176; Larenz, Methodenlehre, S. 350 ff.

2) Vgl. Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes, in: Materialien zum Handelsgesetzbuche für das Deutsche Reich und dem Einführungsgesetze, S. 40.

Dem historischen Gesetzgeber war also die Möglichkeit bekannt, daß ein Gesellschafter einen Dritten an seinem Anteil beteiligt und er glaubte, eine Regelung getroffen zu haben. Hiernach handelt es sich um eine unbewußte Lücke, die der Gesetzgeber offengelassen hat[1]. Unterscheidet man zwischen primärer und sekundärer Lücke, so handelt es sich hier um eine primäre Lücke, denn dem Gesetzgeber war die Beteiligung Dritter an den Anteilen einer Personalhandelsgesellschaft bekannt. Es handelt sich also nicht um einen Sachverhalt, der erst nach Inkrafttreten des Gesetzes neu aufgetreten wäre[2].

Da die Unterbeteiligungsgesellschaft Gesellschaft im Sinne von § 705 BGB ist, könnte man meinen, die folgenden Paragraphen würden auch die Rechtsverhältniss der Unterbeteiligungsgesellschaft regeln. Diese Vorschriften passen aber, wie gezeigt, nicht. Insoweit handelte es sich also um eine verdeckte Lücke[3]. Folgt man der Einteilung in Norm- und Regelungslücken, handelt es sich um eine Regelungslücke, da ganze Rechtssätze fehlen, die dieses Gebiet regeln[4]. Folgt man schließlich der Einteilung von Canaris, so muß man zwischen Rechtsverweigerungslücken, teleologischen Lücken und Prinzip- oder Wertlücken unterscheiden[5]. Hiernach handelte

---

1) Canaris, aaO. S. 134; Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 162; Larenz, Methodenlehre, S. 358.

2) Canaris, aaO. S. 135; Heck, aaO. S. 168; Larenz, aaO. S. 358.

3) Canaris, aaO. S. 136; Larenz, aaO. S. 357.

4) Canaris, aaO. S. 137; Larenz, aaO. S. 352.

5) Canaris, aaO. S. 140 f.

es sich um eine teleologische Lücke, da die einschlägigen Paragraphen der BGB-Gesellschaft zwar auf die Unterbeteiligungsgesellschaft zu passen scheinen, jedoch ihrem Sinngehalt nach für eine andere Gesellschaftsform bestimmt sind. All diese Lückeneinteilungen führen aber bei dem Hauptproblem, nämlich wie diese Lücke auszufüllen ist, zunächst nicht weiter, sondern stützen nur das Ergebnis, daß "passende" Normen nicht vorhanden sind.

## II. Die Methode der Lückenausfüllung

### 1. Die Ausgangslage

Die Frage, welches das für die Unterbeteiligungsgesellschaft geltende Recht ist, wird in erster Linie an den Richter gestellt. Er steht vor der Gesetzeslücke und hat sie auszufüllen, will er nicht den Parteien das Recht verweigern.

Als unproblematisch sollen zunächst die Fälle ausscheiden, in denen die Parteien der Unterbeteiligungsgesellschaft ihr Rechtsverhältnis für den in Frage stehenden Streit selbst geregelt haben. Hier sind die Parteien innerhalb ihrer Privatautonomie ihr eigener Gesetzgeber. Der Richter kann auswählen und ihre Regelungen auslegen. Er entscheidet, ob die Abmachung der Parteien für den Streitfall etwas hergeben und den Streit aus den von den Parteien selbst vereinbarten Regeln entscheiden.

Schwieriger ist die Lückenausfüllung da, wo die Parteien nur eine Teilregelung getroffen haben. Kann der Richter den Streit aus den vorhandenen Abreden nicht entscheiden, so steht er vor dem Problem der vertraglichen Lückenergänzung. Der Richter muß sich bemühen, eine Regelung zu finden, die in das lückenhafte Abredengefüge der Parteien hineinpaßt. Wie noch später zu zeigen sein wird, liegt der Ansatz hier bei Individualvereinbarungen. Der Richter muß von den vorhandenen Abreden der Parteien des Unterbeteiligungsvertrages ausgehen und von dieser Interessenlage eine in die vorhandenen Regelungen passende Ergänzung finden. Wie er dabei den Vertrag der Hauptgesellschaft,ohne die die Unterbeteiligungsgesellschaft nicht bestehen könnte, zu beachten hat, wird ir folgenden Paragraphen behandelt werden.

Es kommt aber vor, daß die Parteien nahezu überhaupt keine Regelungen getroffen haben. Sie haben sich damit begnügt, etwa die Quote der Unterbeteiligungsgesellschaft festzulegen, und sich über den Gewinn- oder Verlustanteil geeignet. Die übrigen regelungsbedürftigen Bereiche wie Geschäftsführung, Bilanzierung, Beendigung, Beteiligung an stillen Reserven usw. bleiben oft ungeregelt. Für den Richter ist es aus den wenigen Bestimmungen dann unmöglich, darauf zu schließen, wie die Parteien eine der nunmehr streitigen Fragen geregelt hätten. Sofern die ergänzende Ver-

tragsauslegung in den Parteiabreden keine Ansatzpunkte für die Regelungsergänzung findet, kommt nur noch eine Ergänzung aus gesetzlichen Regelungsmodellen in Betracht.

Wie bereits oben gezeigt[1], paßt die Unterbeteiligungsgesellschaft nicht in die Regelungsmodelle der BGB- oder der stillen Gesellschaft. Ein fester Bestand dispositiver Normen besteht also nicht, der die Lücken der Individualvereinbarung ausfüllen könnte. Vielmehr muß bei jeder Frage von neuem untersucht werden, ob es eine normative Regelung gibt, die für den Konfliktsfall als Lösung in Frage kommt. Die Lücke kann dann ausgefüllt werden, wenn die betreffende Norm eine Regelung enthält, die der zum Ausdruck gekommenen Interessenbewertung der Parteien entspricht.

In Frage kommen werden vor allem Normen aus verwandten Gesamtregelungen, also aus Regelungen der Bereiche der BGB-Gesellschaft, der stillen Gesellschaft oder auch der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft. Man wird die Heranziehung dieser Vorschriften sogar noch weiter einengen können insofern, als für diejenigen Fragen, die das Verhältnis der beiden Gesellschaften - Haupt- und Unterbeteiligungsgesellschaft - betreffen, eigentlich nur Vorschriften der stillen Gesellschaft in Betracht kommen, während Lösungsmöglichkeiten für die die Unterbeteiligungsgesellschaft allein betreffenden Fragen in den Vor-

---

1) s.o. § 12.

schriften aller genannten Regelungen enthalten sein können. Mit diesen Überlegungen sollen Vorschriften gefunden werden, die Lösungsmöglichkeiten bieten. Die eigentlichen Voraussetzungen für deren Anwendung sind damit aber noch nicht festgestellt. Vor einer Anwendung einer bestimmten Vorschrift, die dann - dies sei hier wiederholt, nicht als dispositive Norm, sondern als analoge Regelung - Eingang in die Individualvereinbarung findet, steht eine Wertung des Inhalts, die Ähnlichkeit der zu regelnden Sachverhalte sei größer als deren Unterschied.

Die Rechtfertigung dieses Analogieschlusses ergibt sich für die einen aus dem Gleichheitssatz, daß eben Gleichartiges rechtlich gleich zu behandeln sei[1]. Dagegen meint z.B. Herrfahrdt[2], der Gesetzgeber habe bestimmte Werturteile gehabt, die in der heranzuziehenden Regelung zutage treten. Diese Wertentscheidungen hätten den Gesetzgeber veranlaßt, eine entsprechende Regelung für den ihm unbekannt gebliebenen Fall zu treffen. Die Entscheidung entspräche also dem "Standpunkt" des Gesetzgebers[3].

Die unterschiedliche Begründung ist hier nicht nur ein Scheingefecht, sondern zeigt, daß die einen ihre Wertungsgrundlagen sog. objektiven Wertungen entnehmen, während die anderen sich auf die gesetzgeberischen Wertvorstellungen ver-

---

1) Larenz, Methodenlehre, S. 359; Canaris, aaO. S. 72 und die ebda. in Fußnote 47 am Anfang genannten Autoren.

2) Lücken im Recht, S. 40 f.

3) Ders., aaO. S. 41; ähnlich Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 114, 229.

lassen. Der alte Streit zwischen der - schlagwortartig bezeichneten - subjektiv-historischen und der objektiven Auslegung muß hier auch folgerichtig besonders heftig sein, weil der Richter, der diese Lücke auszufüllen hat, hier wie ein Gesetzgeber zu handeln hat. Der Methodenstreit zwischen subjektiv-historischer und objektiver Auslegung[1] soll hier nicht vertieft werden, sondern es soll lediglich der eigene Standpunkt kurz dargelegt werden.

2. Stellungnahme

Der subjektiven, am Willen des historischen Gesetzgebers orientierten, ergänzenden Gesetzesauslegung wird zwar entgegengehalten, "das Gesetz selbst kann klügersein als die, die es schufen"[2]. Der normative Gesetzessinn habe sich im Laufe der Zeit von dem tatsächlichen Willen des Gesetzgebers abgesetzt und verselbständigt. Ziel der Auslegung sei es, diesen normativen Gesetzessinn, auch Willen des Gesetzes, zu erkennen. Dieses objektiv Sinnvolle setze sich gegen die beschränkte Einsicht und Absicht des Gesetzgebers durch[3].

---

1) Vgl. statt aller hierzu Larenz, Methodenlehre, S. 296 ff., 315 ff., 335 ff.

2) Friedrich Endemann, Die Rechtsquellen des bürgerlichen Rechtes und ihre Auslegung in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben 2.Bd, S. 132 ff., 152.

3) Larenz, Methodenlehre, S. 296 ff., 299, 300; Grundlegend dazu Betti, Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften, S. 600 ff., 626 ff., der daneben auch die Aufgabe der Interessenerforschung als Vorfrage der Auslegung betont, S. 627, 628.

Auch Esser wirft der Interessenjurisprudenz vor, die die maßgeblichen Wertvorstellungen nur dem Gesetz selbst entnimmt[1], die Behauptung, historische Gesetzestreue sei durch denkenden Gehorsam zu realisieren, sei mangels Substanziierung dieser Maxime eine bloße Leerformel, wenn nicht eine Selbsttäuschung[2]. Der denkende Gehorsam gegenüber dem Gesetz sei in Wahrheit ein solcher gegenüber der Gesamtordnung[3]. Vielmehr solle richterliche Normbildung durch Grundsatzentscheidungen in der Weise erfolgen, daß Grundgedanken entwickelt werden, die an irgendeiner Stelle des Systems bereits als positiver Ordnungsansatz erkennbar sind. Es sollen gewissermaßen aus dem Text allgemeine Rechtsprinzipien und Rechtsgedanken entwickelt werden, aus denen heraus der neue soziale Sachverhalt entschieden werden kann[4].

In der Tat liegt die Schwäche der subjektiven, am historischen Willen des Gesetzgebers orientierten Auslegung und Rechtsfortbildung bei

---

1) Vgl. dazu statt aller Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112, 1, 49 ff., 230 ff.; ders., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, 41 ff., 75 ff., 106 ff.

2) Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 130.

3) Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, S. 263.

4) Esser, Grundsatz, S. 243 ff., 254 ff., 262 ff., 178 ff., 127 ff.; im Grunde behandelt Esser in seiner gesamten Monographie die Frage der Gewinnung und Einordnung dieser Prinzipien, wobei er besonders die entscheidende Rolle der jurisprudentiellen Praxis bei der Herausarbeitung materiell selbständiger Normen betont, S. 244.

der Hypothese des gesetzgeberischen Willens, also dort, wo völlig neue soziale Sachverhalte und Fallgestaltungen geregelt werden müssen. Hier helfen der "denkende Gehorsam"[1] und die wertende Gebotsbildung[2] nur wenig weiter, denn die Frage, wie der Gesetzgeber entschieden hätte, wenn er die Fallgestaltung gekannt hätte, kann doch gerade die Einbruchstelle für die eigenen Wertvorstellungen des Rechtsanwendenden sein.

Diese Schwäche eines Teilbereichs der subjektiven Auslegung ist jedoch die eigentliche Schwäche der objektiven Auslegung überhaupt. Die Erkenntnis des "normativen Gesetzessinnes", der auf ein "objektiv Sinnvolles" gerichtet ist[3], ist doch gerade der Gefahr ausgesetzt, daß die Wertvorstellungen des Gesetzgebers mit denen des Rechtsanwendenden vertauscht werden, ohne daß diese überpositiven, in Wahrheit also subjektiven Wertvorstellungen[4] als solche erkennbar werden[5].

---

1) Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112, 51 ff.

2) Ders.,aaO. S. 224 ff.

3) Larenz, Methodenlehre, S. 300.

4) So mit Recht Säcker, Rechtsfragen der außerordentlichen Kündigung von Betriebsratsmitgliedern, DB 1967, 2027 ff., 2029.

5) Vgl. hierzu Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, S. 304 ff., 430 ff., der zeigt, wie viele konträre Ergebnisse derselbe objektive Sinn der Rechtsordnung aus dem unveränderten Normensinn zu gewinnen vermag.

Dagegen wird es in vielen Fällen möglich sein, die historischen Interessengegensätze zu ermitteln, die den Gesetzgeber zu einer Regelung veranlaßt haben. Dabei ist wie Heck[1] dargelegt hat, nicht nur das obsiegende, sondern auch das unterliegende Interesse für die Auslegung von Bedeutung. Verbindlich für den Rechtsanwender ist also - nicht zuletzt im Hinblick auf die Rechtssicherheit - der feststellbare, reale Wille des Gesetzgebers[2].

Sind die obsiegenden und unterliegenden Interessen der historischen Lage, in der der Gesetzgeber zu entscheiden hatte, ermittelt, so wird in vielen Fällen dem Richter unter Beachtung des so gefundenen gesetzgeberischen Willens eine Auslegung oder Rechtsfortbildung möglich sein[3].

---

1) Gesetzesauslegung, AcP 112, 231; ders. Interessenjurisprudenz, S. 13 f.

2) Säcker, Rechtsgeschäftsauslegung und Vertrauensprinzip, JurA 1972, 509 ff. Fn. 4.

3) Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 224 ff.; ders. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 36 ff.; Betti, Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften, S. 627 f. betont, daß diese Interessenforschung wesentlich sei, ohne aber für sich allein entscheidend zu sein.

Der Wille des Gesetzgebers, der sich in einer Norm darstellt, muß sich natürlich immer angesichts der Verschiebung der Interessenlagen neu behaupten. Gleichwohl sind diese Veränderungen in den meisten Fällen nicht geeignet, die gesetzgeberische Interessenbewertung umzustoßen. Die gleiche Verbindlichkeit mag der reale Wille des Gesetzgebers dann auch für neue, den bereits geregelten Sachverhalten aber ähnliche Sachverhalte entfalten. Dabei ist es unvermeidlich, daß auch hier wiederum eigene Wertungen des Rechtsanwendenden einfließen und zwar bei der Frage, ob die veränderte Interessenlage so erheblich von der des geregelten Falles abweicht, daß dem gesetzgeberischen Willen keine Verbindlichkeit mehr zukommt. In diesem Fall ist es aber richtiger, gegebenenfalls die eigenen Wertungsmaßstäbe offenzulegen, als sie - versteckt in dem normativen Gesetzessinn - in die Rechtsfindung als quasi objektive Gerechtigkeitskriterien einfließen zu lassen.

## Lebenslauf

Am 20.November 1940 wurde ich in Berlin geboren. Meine Eltern sind der Direktor i.R. Dr.Gerhard Friehe und seine Frau Gertrud Friehe geb. Faaß. Meine Schulzeit in Berlin, Frankfurt/M und Königstein beendete ich 1960 mit dem Abitur am Arndt-Gymnasium, Dahlem. Nach meinem Studium in Berlin habe ich 1965 die erste juristische Staatsprüfung und nach meiner Referendarzeit in Berlin und Speyer 1969 die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt Berlin abgelegt. Seit 1969 bin ich wissenschaftlicher Assistent am Fachbereich Rechtswissenschaften der Freien Universität Berlin.